§. 1. AUnque es notoria, Señor, la justicia que assiste á Doña Francisca de el Moral (Casa 17) para ser absuelta de la demanda, puesta por Bartolomé Diaz de Arjona (Casa 18.) quedando esta mas manifiesta, à el mismo tiempo, que se ha solicitado obscurecer, confundiendo el hecho cierto con la diversidad de instrumentos, por el su dicho presentados, ellos mismos son los que dàn luz para que se conozca ser injusta su pretension; y para dar à entender lo referido, y no embarazar la atencion de V.S. con lo dilatado de el hecho, este se coordinará en los fundamentos, como lo pida el caso, dividiendo para mayor claridad en dos partes estos apuntamientos.

PARTE PRIMERA.

§.2. Funda su pretension el dicho Bartholomé Diaz de Arjona, en el testamento otorgado el año de 1525. por Maria Fernandez, viuda de Anton Fernandez Peñalver, (Casa 1.) donde por vna clausula de el (1.) funda vna Memoria perpetua de dos Missas, y cinquenta maravedis por su limosna, dexandola en vn pedazo de haza de riego, que posseía *en mitad del Valle de la Fuen somera, baxo de las Nogueras, linde huerta de herederos de Alonso Sanchez de el Pozo, y la cequia de la Madre del Agua, y con huerta de la otorgante*, llamando por primer sucessor à Martin Fernandez su hijo, (Casa 2.) y despues à sus hijos, y descendientes en la forma regular.

(1.) *Clausul. fol. 2. de la Pieç.1.B.*

§. 3. Y por otra clausula (2.) declara, que Anton Fernandez Peñalver, su marido, avia mandado por su testamento, se diessen á la Cofradia de nuestra Señora de la Antigua 200. maravedis por la limosna de cinco Missas rezadas, las quales se cumpliessen despues de los dias de la otorgante; para lo qual el dicho su marido avia señalado la dicha Huerta de el Valle de la Fuensomera, que lindaba *con huerta de Alonso Sanchez de el Pozo, y hazas de los herederos de Inès Carrillo*; segun lo dispuso dicho su marido: cuyo testamento manda se vea, y cumpla, y assiente en el libro de el Sagrario de Santa Maria. Este testamento de Anton Fernandez Peñalver no consta de los autos, ni en ellos se ha presentado, ni en el juizio possessorio, ni en el petitorio, que actualmente se sigue.

(2.) *Clausul. fol. 3. de la Pieç.1.B.*

§ 4. Y en el testamento, otorgado el año de 1533. por dicho Martin Fernandez Peñalver, (Casa 2.) donde declara en vna clausula (3) por sus hijos à Juana, à Maria, à Simon, (Casa 3) y à Luis, (Casa 4.) y en otra, (4.) que Anton, y Maria Fernandez sus Padres le mandaron vna huerta *en el Valle de la fuente de el Rey, que se regaba con el agua de la Fuensomera, y lindaba con huerta de Alonso de el Pozo por ambas partes*, con el cargo de cinco Missas el dia de San Francisco, o en su Octavario, en la Iglesia de Santo Domingo, lo qual assi se avia hecho; à cuya sucession estaban llamados, el otorgante, sus hijos, y descendien-

(3.) *Clausul. fol. 9. de la Pieç.1.*
(4.) *Clausul. 2. fol. 9. à la buelta de la 1. Pieç.*

tes; en cuya Memoria, y huerta mandó sucediessen Simon su hijo mayor, (Casa 3.) sus hijos, y descendientes, que hagan dezir las cinco Missas: y declara, que la escriptura de fundacion hecha por sus Padres estaba en su poder; y en los autos no se ha presentado otra, que la de dicha Maria Fernandez, referida en los §§.2. y 3.

§.5. El mismo Martin Fernandez parece aver otorgado otro testamento el año de 1535. de el qual se ha presentado vna clausula, (5.) sacada sin citacion, en que declara, que la dicha Maria Fernandez su madre avia mandado por su testamento le dixessen en cada vn año cinco Missas por su anima, y de sus difuntos, y por la de su Padre, para que avia dexado en la Iglesia de N. Señora Santa Maria, donde se avian de dezir, vna huerta *en la Fuensomera, termino de dicha Ciudad, linde con huerta de Alonso del Pozo, y huerta del Rdo. Sor. Diego Fernandez Provisor, y huerta de Gutierre de Burgos*; cuya Memoria manda, se cumpla como dicho es, y la dicha su madre avia mandado por su testamento, à el qual se remite.

(5.) *Clausf. fol. 24. y 25. del Roll.*

§.6. Y assimismo en el otorgado (6) en el año de 1593. por Juan Fernandez Peñalver, y Cecilia Lopez su muger, (Casa 5.) por el qual declara, que á el tiempo que casó el dicho Juan Fernandez, llevó vna arançada de viña de Memoria, fundada por sus Abuelos, con cargo de las Missas contenidas en la Fundacion, que tenia en su poder, y vna fanega de huerta en el Valle de la Fuensomera, que tambien, era Memoria fundada por sus Abuelos, instituyendo por sus herederos á Juan, (Casa 10.) à Martin, y hasta otros diez hijos, que tuvieron.

(6.) *Testamento de los dichos á fol. 18. hasta el 23. de la Pieç. 1. y clausula, en que declara las Memorias. fol. 21.*

§.7. Y aunque por el dicho Bartholomé Diaz de Arjona se presentaron ante la Justicia de Alcalá vna escriptura otorgada el año de 1600. por Juan Fernandez Peñalver, (Casa 10.) en que refiere diferentes bienes, que por quenta de sus legitimas le entregaron sus Padres, y el testamento de el susodicho, y el de Polonia Fernandez Peñalver, (Casa 14.) y diferentes fees de Bautismo, y Desposorios; no sirviendo dichos instrumentos mas que para justificar la filiacion, segun está en el Arbol, en que no ay duda, ni refiriendose en ellos cosa alguna perteneciente à la Memoria fundada por los dichos Anton, y Maria Fernandez, ni à la huerta, en que quedó situada se omite, por no dilatar, el referirlas. Y solo lo que se enuncia de el contexto de todos los instrumentos referidos es, aver posseido la dicha Memoria fundada por los de la Casa 1. los de las Casas 2. 3. y 5. y el que oy litiga.

§.8. El qual con los instrumentos referidos (á el mismo tiempo, que estaba posseyendo vn pedazo de tierra de riego, por bienes de Memoria de Maria Fernandez muger de Anton Fernandez de Peñalver, linde la huerta (que oy possee Doña Francisca del Moral) la Madre real del Agua, y herederos de Fulano Sanchez del Poço, que viene à ser la misma de que se ha hecho mencion, callando lo referido, y el modo por donde avia entrado á posseer, que este no consta en los autos, ni que huviesse pedido possession de ella judicial) ante la Justicia de la Ciudad de Alcalá la Real pidió, se le diesse possession de las tierras, que oy está posseyendo la dicha Doña Francisca del Moral, que con efecto se le dió

de

de hecho; lo qual dió motivo para que á pedimento de la dicha Doña Francisca se traxessen los autos á esta Corte, donde en su vista se declaró aversele transferido á la susodicha la possession civil, y natural de la huerta sobre que se litiga.

§ 9. Y apartandose el dicho Bartholomé Diaz de Arjona de el juicio possessorio, puso demanda (7.) sobre la propriedad á dicha Doña Francisca de el Moral, pretendiendo, que la huerta que esta posseia era la misma en que fundaron Memoria los dichos Maria Fernandez, y Anton de Peñalver (Casa 1.) y que se le avia de condenar á la restitucion de ella, y sus frutos. Y fundando su pretension el dicho Bartholomé Diaz de Arjona en los instrumentos referidos, de ellos mismos ha de resultar la exclusion de ella, quedando acreditada la mala fee con que por el susodicho se litiga.

(7.) *Demanda sobre la propriedad. fol. 34. de el Rollo.*

§. 10. Pues siendo constante, que todos los bienes se presumen libres por su naturaleza, y no sugetos á Memoria, Vinculo, Patronato, ò Capellania, y que es necessario, que por quien se pretende el que no lo son, se pruebe, vt tenent Dom. Molin. *lib.* 1. *de Hispan primogen cap.* 11. *num.* 16. *in fin.* Valasc. *de Iur. emphiteutic. quæst. vltim. num.* 2. Mierez. *de Maiorat.* 5. *part. quæst.* 20. *num.* 22. Menoch, *de Præsumpt præsumpt.* 91. *num.* 10 *& seqq.* & alij relati á Pareja, *tit.* 5. *resolut.* 12. *num.* 12. No probandose por el dicho Bartholomé Diaz de Arjona, que la huerta que possee la dicha Doña Francisca de el Moral sea la misma en que fundaron dicha Memoria Maria Fernandez, y Anton de Peñalver, (Casa 1.) queda por el mismo hecho su pretension excluida.

§. 11. Y mas quando los mismos instrumentos de que se vale, y que ha presentado, (por cuyo hecho viene á confessar ser cierto lo contenido en ellos, vt probatur ex *l. Publia Mœvia. §. fin ff. Depositi. cap. Cum venerabilis de Exceptionib cap. Cum olim de Censib.* & alijs, ex quibus idem affirmant Surd. *consf.* 5. *n.* 37. Menoch. *præsumpt.* 45. *ex n.* 1. Mascard. *de Probat. conclus.* 368. *num* 9. Cancer. *lib.* 1. *Variar. resolut. cap.* 19 & alij quam plurimi, quos plena manu congerit Pareja *tit.* 7. *resol.* 3.) están denotando la diversidad, que ay entre la huerta de la Memoria fundada por los de la Casa 1, y la que possee la dicha Doña Francisca de el Moral.

§. 12. Justificase por la declaracion (8.) hecha por el dicho Bartholomé Diaz de Arjona, posseer en el Valle de la Fuensomera vn pedazo de huerta de Memoria fundada por Maria Fernandez, *linde huerta sobre que dexó fundada Memoria Maria Garrido Peñalver*, (Casa 6.) *la Madre real de el Agua, y herederos de Fulano Sanchez del Poço*; y no contento con posseer lo mismo, que han posseido sus Autores desde el año de 1525. en que fundó la dicha Maria Fernandez, y la misma huerta en que esta dexó fundado, excediendo los limites de lo justo, intenta se incluya en los de dicha fundacion, la huerta de la Memoria, que possee la dicha Doña Francisca de el Moral, quando sus mismos instrumentos demuestran lo contrario.

(8) *Declaracion. fol.* 11 *de el Roll.*

§. 13. Pues la dicha Maria Fernandez funda su Memoria con el cargo de dos Missas, sobre vn pedazo de huerta en el Valle de la Fuensomera, linde, herederos de Alonso Sanchez de el Pozo, la Cequia

de

de la Madre del el Agua, y huerta de la Fundadora; y sobre este mismo pedazo se enuncia en dicha fundacion, aver dexado fundada Memoria Anton Fernandez Peñalver; lo qual se convenee de el testamento otorgado por Martin de Peñalver, (casa 2.) el qual siendo el primer llamado, y tan immediato á los Fundadores, (por cuya causa avia de tener noticia, de lo en que estos fundaron) expressa ser vna la huerta de Memoria, que le dexaron sus Padres con el cargo de cinco Missas en el Valle de la Fuente del Rey, que se regaba con el agua de la Fuensomera, y Alonso Sanchez de el Pozo, que es el mismo lindero de la fundacion.

§.14. Y aunque el Martin Fernandez parece aver otorgado otro testamento el año de 1535. de el qual solo se ha presentado la Clausula; de que queda hecha mencion en el §.5. De donde con el motivo de expressarse en ella otros dos linderos distintos, que los señalados en el testamento antecedente, y en la Fundacion hecha por Maria Fernandez, *que son los de huerta del Reverendo señor Diego Fernandez Provisor, y Huerta de Gutierre de Burgos*, se qniere inferir por ser dichos dos linderos concordantes con los de la huerta, que possee la dicha Doña Francisca, que es esta la que en dicha clausula se expressa.

§.15. Mas no solo no se infiere lo referido, sino que la diversidad de vno, y otro testamento denotan equivocacion, ò error en lo mismo que expressan; pues el primero otorgado por el dicho Martin Fernandez, de que se hizo relacion §.4. no señala los dos linderos, qne en el segundo se añaden; y conviniendo con este en el numero de las cinco Missas, difiere de él en las Iglesias en que se avian de dezir; pues en el primero se señala la Iglesia de Santo Domingo, y en el segundo la de Nuestra Señora Santa Maria de dicha Ciudad: y vno, y otro no concuerdan con el otorgado por Maria Fernandez, à que se refieren; pues la memoria fundada por la susodicha es de dos Missas, sin determinar donde se avian de dezir; y la que refiere aver fundado dicho su marido, dize, que la limosna de cinco Missas se diesse à la Cofradia de Nuestra Señora de la Antigua.

§.16. Y dichos dos linderos, que en el vltimo testamento de el dicho Martin Fernandez se añaden, nada menos que señalarse por tales, ni en la Fundacion, que haze la dicha Maria Fernandez, ni en la que supone avia hecho dicho su marido; y siendo dicha Fundacion el principal instrumento relato, à que se refieren vno, y otro testamento de el dicho Martin Fernandez, solo se debe atender à lo que consta por dicha Fundacion, vt probant Mantic. *decis.* 352. *num.* 2. Gratian. *Discept. Forens. cap.* 719. *num.* 1. Cancer. *lib.* 3. *Variar. cap.* 3. *num.* 227. Dom. Castill. *lib.* 4. *Controv. à num.* 36. & alij plures, quos cumulat Parej. *tit.* 7. *resol.* 9. *num.* 16.

§.17. Siendo el medio prevenido por Derecho para concordar la diversidad de dichos instrumentos, y evitar la repugnancia, que podia aver entre ellos, que los referentes se restrinjan, y limiten à aquello que consta solamente de el relato, vt probatur ex *l. A se toto. ff. de Hæred. instituend. l. Si ita scripsero. ff. de Condit. & Demonstr. l. Ait Prætor. §.* 1. *leg.* 59. *§.* 1. *ff. de Re iudicata.* Pareja *tit.* 7. *resolut.* 3. *num.* 23. *& eodem tit.* 7. *resolut.* 9. *num.* 30. ibi: *At vbi apparet dispositio, & scriptura relata licet omnia quæ dicta sunt concurrant tamen instrumentum referens modificatur, & restringitur ad terminos re-*

la-

lati, cum relatum in referente, de quo constat esse intelligatur, & per errorem præsumatur facta relatio. Vbi 33. AA. idem tenentes refert, & postea sic ait ibi: *Vbi quod quandò minus continetur in relato, quàm in referente sicque discordare contingerit referens á relato, vt semper attendatur relatum, de quo constat, & secundum eum modificetur, & restringatur referens.* Lo qual prosigue hasta el fin de dicho num. y el siguiente.

§. 18. Con lo que concurre averse presentado por el dicho Bartholomé Diaz vna partida (9.) sacada sin citacion, de el libro viejo de Memorias, de la Iglesia mayor, en la qual se anota averse de dezir por el anima de Anton Fernandez Peñalver, en cada vn año, por el mes de Agosto cinco Missas de Passion, por cuya limosna se avian de dar seis reales; las quales están cargadas sobre vna huerta en la Fuensomera. Esta partida, demás del defecto de citacion, tiene el de no expressarse, ni el año en que empieça el libro de donde se sacó, ni el en que se puso la partida, ni en virtud de qué testamento, ò otro recado legitimo; con que aviendose de referir à el testamento otorgado por el dicho Anton Fernandez Peñalver, precissamente faltando este, no merece fee, ni prueba cosa alguna.

(9.) *Partida. fol. 22. del Rollo.*

§. 19. Y lo mismo milita en quanto à la prueba de dicha Memoria, con los testamentos otorgados por Maria Fernandez, por Martin Peñalver su hijo, y Juan de Peñalver; en los quales enunciandose aver fundado dicha memoria dicho Anton Fernandez Peñalver, por el testamento baxo cuya disposicion avia muerto, siendo instrumentos referentes à él, en los que se enuncia, no prueban sin el relato, vt probatur ex Authentic. *Si quis in aliquo documento. C. de Ædendo*, & sic tenent. communiter DD. inter quos Dom. Covarrub. *cap. 21. Practicar. num. 2.* Mascard. *de Probat. conclus.* 404. Surd. *decis.* 231. *num* 2. Gutierr. *cons.* 23. *num* 9. Dom. Castill. *lib. 2. Controvers. cap.* 16. *num* 60. Pareja *tit. 7. resolut. 9. num. 2.*

§ 20. Pero aunque cessara todo lo dicho, y dieramos caso estuviesse justificado ser dos las memorias fundadas por Maria Fernandez, y Anton Fernandez Peñalver, esto no prueba en manera alguna ser dos las huertas sobre que quedaron cargadas, ni menos, que la vna de ellas sea la que possee dicha Doña Francisca del Moral; antes si de los mismos instrumentos se convence aver sido sola vna huerta: pues en el testamento de Maria Fernandez, sitúa la memoria, qué por él funda en vn pedazo de tierra de riego en mitad del Valle de la Fuensomera, y refiriendo la que avia fundadado su marido dize, ser sobre la dicha huerta de el Valle de la Fuensomera, con cuyo termino explicò tambien el sitio de su memoria.

§. 21. Y en los dos de Martin de Peñalver su hijo, refiriendose à la manda hecha por sus Padres, en que se incluye vna, y otra Fundacion, por ser palabra referente à las dos disposiciones, expressa ser vna la huerta; y en el otorgado por Juan de Peñalver, con la misma relacion à sus abuelos, especifica vna fanega de huerta en el Valle de la Fuensomera, y lo mismo comprueba la partida de el libro de memorias, en el qual aunque solo se refiere ser vna memoria, tambien solo se dá à entender ser vna la huerta en dicho Valle, en que estaba fundada. Luego dichos instrumentos solo prueban ser vna la huerta de dichas memorias: Esta consta de la misma declaracion de la contraria estarla posseyendo: Luego los mismos instrumentos de que se vale desvanecen su pretension, acreditandola de injusta.

§ 22. HAsta aqui se ha demonstrado con los instrumentos, en que pretendia fundar su intencion el dicho Bartholomé, no ser mas que vna la huerta, sobre que subsistian las fundaciones hechas por Maria Fernandez, y Anton Fernandez Peñalver, (Casa 1.) y que esta era distinta, de la que possee dicha Doña Francisca, lo qual se ha de mostrar en esta segunda parte, valiendonos de los instrumentos, en que se intenta fundar lo contrario, por los quales quedará la diversidad de dichas huertas mas patente, la justicia de Doña Francisca mas notoria, y lo cierto, y verdadero del hecho de este pleyto sin el menor escrupulo.

§. 23. Y principiando por vn testamento otorgado por la dicha Maria Garrida Peñalver (Casa 6.) el año de 1639. de que por la contraria se ha presentado vna clausula; (10.) lo que por ella declara es, tener por bienes suyos proprios vna casa, y tres fanegas de tierra, y huerta de riego en el Valle de la Fuensomera, con vn nogal, y sus morales, *linde huerta de Don Juan de el Castillo y Burgos huerta de Doña Lucia de Burgos su sobrina, y huerta del Lic. D. Alonso de Roxas, y huerta de Juan de Peñalver su primo*, (que este es el de la Casa 5. posseedor, que fue de la huerta sobre que fundaron los de la Casa 1. vt dictum est § 6.) sobre la qual funda Vinculo, y Memoria perpetua, con el cargo de seis Missas por su alma, y las de el Lic. Luis, y Martin de Peñalver sus hermanos, (Casas 7. y 8.) llamando por primer sucessor â Luis del Moral su sobrino, (Casa 11.) hijo de Ana de Peñalver su hermana, y de Luis del Moral, (Casa 9.) y haze otros llamamientos, que no refiero, por aver revocado este testamento.

(10.) *Clausula. fol 45. & 46. de el Rollo.*

§ 24. Pues consta, que el año de 1648. la Maria Garrida Peñalver, hija, q̃ refiere ser de Luis de Peñalver, y Maria Fernandez de Saldaña (C 4.) otorgó su testamento (11.) y por vna de sus clausulas declara, aver sido heredera del Lic. Luis, y Martin de Peñalver sus hermanos, y por otra, tener por bienes suyos proprios, *tres fanegas de tierra de riego, con morales, y nogueras en el Valle de la Passadilla linde huerta del Lic. Alonso de Roxas Presbytero, y sus herederos, huerta de Don Juan del Castillo Burgos, y de Don Francisco de Moya*, que la mitad de dicha huerta avia heredado de Martin de Peñalver su hermano; sobre la qual funda Memoria perpetua, con el cargo de seis Missas rezadas en la Iglesia mayor de Alcalá; y llama por primer sucessor à Luis de el Moral, (Casa 11.) y despues à Juan Luis de el Moral, (Casa 13.) sus hijos, y descendientes en la forma regular; y à falta de estos, llama a otros parientes, prohibiendo la enagenacion de dicha huerta.

(11.) *Testamento à fol. 2. hasta el 12. de la 2. Pieç.*

§. 15. Y segun consta de la Pieça segunda de estos autos, se han posseido quieta, y pacificamente, sin la menor contradicion de persona alguna las dichas tres fanegas de huerta, que dexó para su Memoria la dicha Maria Garrida Peñalver (Casa 6.) por Luis de el Moral, (Casa 11.) por Juan Luis de el Moral su hijo, (Casa 13.) por Luis del Moral, (Casa 15.) hijo de el antecedente, por Cecilio de el Moral su hermano, (Casa 16.) y oy por la dicha Doña Francisca de el Moral,

(Casa

(Casa 17.) con la diversidad de linderos, q̃ constan de los dos testamentos otorgados por la dicha Maria Garrida Peñalver, (Casa 6.) los quales manifiestan ser dichas tres fanegas de huerta totalmente distintas de la en que fundaron Maria Fernandez, y Anton Fernandez Peñalver. (Casa 1.)

§ 26. Lo qual se comprueba de que la dicha Maria Garrido Peñalver, (Casa 6.) en su primer testamento, de que hizimos mencion §. 23. dá por lindero à Juan Fernandez Peñalver su primo, posseedor que fué de la huerta, en que fundaron los de la Casa 1. Y de la possession (12) dada á Luis de el Moral (Casa 13) el año de 99. y de la que se dió (13.) à Cecilio de el Moral (Casa 16.) el año passado de 1706. en las quales se expressa lindar con huerta que posseia el dicho Bartholomé Diaz de Arjona, que es en la que hizieron su fundacion los de la Casa 1. la qual confiessa en su declaracion posseer el dicho Bartholomé Diaz de Arjona, y que lindaba con las tierras en que avia fundado Maria Garrida Peñalver: Luego de los mismos autos, è instrumentos referidos se justifica la diversidad de dichas tierras.

(12.) *Possession dada à Luis fol. 26. B. Pieç 2.*

(13) *Possession dada à Cecilio. fol. fol. 33. B. Pieç 2.*

§ 27. Cuya prueba resultando de los mismos instrumentos probatio probata appellatur. Clement. *Sæpè de Verb. signif. l. Cum precib. C. de Probat.* Hieronym. Gonçal. *ad Regul.* 8. *Chancellar. gloss.* 64. *num.* 4. Surd. *decis.* 177. *num* 4. Menoch. *cons.* 29. *num.* 1. Mascard. *de Probat. conclus.* 906. *per tot.* Dom. Castill. *lib.* 2. *Quotidianar. cap.* 16. *num* 4. Parej. *tit.* 1. *resolut.* 2. *num* 3. vbi plures cummulat. Porque lo que de instrumentos consta evidenter apparet, *cap. Cum accessissent, de Constit.* ibi: *Propter quod evidenter apparet. cap. Cum dilecti. de Donationib. cap. Cum contingat.* 24. *de Rescriptis.* Dom. Castill. *dict. lib. & cap. num.* 5. Parej. *dict. tit. & resolut. num.* 5.

§. 28. Mas reconociendose por el dicho Bartholomé Diaz la diversidad de dichas huertas, y el ningun fundamento de su pretension, para dar á esta algun colorido, se vale de suponer en su peticion presentada à el *fol,* 34. *de el Roll.* que aviendo quedado viuda Juana Ruiz, muger que fué de Simon de Peñalver, (Casa 3.) Luis de Peñalver (Casa 4.) se introduxo en las dichas tres fanegas de tierra, sobre que fundó despues la dicha Maria Garrida Peñalver; y para ello se vale de diferentes instrumentos, que vienen á probar lo contrario, y el dominio continuado de dichas tres fanegas de huerta, desde el dicho Luis de Peñalver hasta la dicha Doña Francisca del Moral.

§. 29. Y siendo la dicha introducion, y vsurpacion, que se supone alegato voluntario, que no se ha justificado, ni menos, que Simon (Casa 3.) posseyesse dichas tres fanegas de tierra, ni por libres, ni por de Memoria, antes, que se passe à tocar en los instrumentos, de el mismo hecho, que resulta de los ya referidos se ha de hazer mas notoria la justicia de Doña Francisca, con lo proprio, que de contrario se alega, y con la misma causal, que se supone para dicha introduccion. Declarase por Maria Fernandez, (Casa 1.) que la huerta sobre que fundó su Memoria, lindaba con otra huerta de la susodicha, que esta era precissamente distinta de la de dicha Memoria, y no se ha justificado, quedasse con algun gravamen: Luego es verosimil, que dicha huerta libre tocasse co-

mo

mo tal à Martin de Peñalver su hijo, y heredero, y de este en la misma conformidad la heredasse Luis. (Casa 4.)

§ 30. Loqual se evidencia, de que el dicho Luis de Peñalver, (Casa 4.) al tiempo, que por el año passado de 1548. contraho matrimonio con Maria Fernandez de Saldaña en la escriptura (14.) de capital dize llevar por bienes suyos proprios, *la dicha huerta en el Valle de la Fuensomera, linde, huerta de Alonso del Poço, huerta de Alonso Gutierre de Burgos, y huerta, que avia sido de el Provisor de dicha Ciudad*; y por muerte de el susodicho, la heredaron como libre sus hijos, dividiendola entre si; lo que manifiesta aver el año passado de 1629. Martin de Peñalver (C. 8.) arrendado (15.) la mitad de dicha huerta, que posseìa â Don Juan del Castillo; y despues aver dexado dicha mitad de huerta à Maria Garrida Peñalver su hermana, como esta lo dá à entender en su testamento, & est dictum §. 24. quien tambien fué heredera (16) de el Lic. Luis de Peñalver Presbytero suhermano.

(14). *Escriptura de capital. fol. 31.*

(15.) *Escriptura arrendamiento. fol. 26. à la buelta de el Rollo.*

(16.) *Testamento del Lic. Luis fol. 18 á la buelta del Roll.*

§ 31. Por cuyos tan legitimos titulos de heredera de sus hermanos, y Padre vinieron à recaer en la dicha Maria Garrida Peñalver las dichas tres fanegas de huerta, y dominio de ellas, en la conformidad, que su Padre, y hermanos las tuvieron, de las que dispuso à su voluntad, como de casa propria, juxta *l. In re mandata. C. Mandati. l. In traditionibus. ff. de Pactis*, per quas sic tenent communiter DD. fundando la memoria que queda referida: Con que no solo no se prueba la introducion supuesta de contrario, sino que de ellos se manifiesta el libre vso, que la dicha Maria Garrida Peñalver, y sus Autores tuvieron de dichas tres fanegas de huerta.

§ 32. Todavia para comprobacion de su intento se presentó por el dicho Bartholomé Diaz de Arjona otro testimonio de vna escriptura de venta, otorgada por Don Juan del Castillo y Burgos el año de 1675. à favor de Don Francisco de Viedma, de dos fanegas de huerta en el Pago de la Fuensomera, *linde por vn lado huerta de herederos de Martin de Peñalver*; con el qual se intenta justificar, que la huerta en que fundaron Anton, y Maria Fernandez, lindaba con la de Gutierre de Burgos, y que esta la posseyeron los herederos de Martin de Peñalver; pero lo contrario se prueba de dicho testimonio, porque la huerta que lindaba con Gutierre de Burgos, eran las tres fanegas, que possee dicha D. Francisca, y el dezirse, q̃ aquella lindaba cõ herederos de Martin de Peñalver comprueba que de qualquiera de los dos Martines de Peñalver, que huvo, se podia considerar heredero el posseedor, que entonces avia; pues de el de la Casa 2. fué heredero Luis su hijo, (C. 4.) de este la de la Casa 6. y sus hermanos, y de estos los sucessores de dicha Memoria, y de el de la Casa 8. lo fue la de dicha Casa 6. y de esta los que llamó à su Memoria: Con que de qualquiera que se entienda, concuerda con las tres fanegas de huerta, que possee dicha Doña Francisca de el Moral.

§ 33. Pero viendo frustrada la introducion, que se supo-

nia

(17.) *Testamento otorgado por Isabel Gonçalez. fol. 49. de el Rollo, hasta el 52.*

nia en dicho Luis de Peñalver; el dicho Bartholomé Diaz se vale de vn testamento (17.) otorgado por Isabel Gonçalez el año de 1535. en que refiere ser muger de Martin de Peñalver, y que antes lo avia sido de Juan Garrido, de el qual avia tenido por hijos à Rui Lopez, à Maria Garrida, y otras dos; y de aqui se supone, que la dicha Maria Garrida Peñalver fué hija de la Isabel Gonçalez, y que por dicho matrimonio avia venido à posseer las tres fanegas de huerta, sobre que fundó su Memoria.

§.34. Parece que ya no se acordaba la contraria averle supuesto la introducion de dichas tres fanegas de huerta à Luis, ni de que quien no dize verdad, ha menester memoria, juxta dictum Livij, *lib. 4. dec. 4. Mendacem memorem esse opportet*, pues estando justificado ser la dicha Maria Garrida Peñalver (Casa 6.) hija de el dicho Luis de Peñalver, y Maria Fernandez de Saldaña, aora se la prohija à Isabel Gonçalez, siendo assi que el testamento de esta se otorgó el año de 1535. estando casada ya segunda vez con Martin de Peñalver, y antes era precisso huviesse precedido tiempo para estarlo con Juan Garrido, y tener los hijos, que refiere: y aviendo passado del testamento de Isabel Gonçalez, à el de Maria Garrida Peñalver no menos, que 113. años; parece inverosimil, que aun en lo natural, pudiesse ser su hija, quedando de el mismo hecho acreditada de falsa la segunda introducion supuesta, comprobada la mala fee de el dicho Bartolomé Diaz de Arjona, y manifiesto lo injusto de su pretension.

§.35. Aunque cessaran los fundamentos referidos, y de ellos no quedara excluida la pretension de el dicho Bartolomé Diaz de Arjona, y huviera alguna duda en dichos instrumentos, bastaba para la exclusion de ella ver, que desde el año de 1525. en que fundó Maria Fernandez, (Casa 1.) hasta de presente solo ha sido vna huerta la que se ha posseido por los Autores de el dicho Bartholomé Diaz, y que en 180. años, que han passado, no ha avido quien intente lo que oy se pretende; y assimismo ver, que las tres fanegas de huerta sobre que fundó Maria Garrida Peñalver, (Casa 6.) desde el año de 1548. las llevó en capital, como bienes suyos proprios Luis de Peñalver; y desde entonces consta averlas posseido quieta, y pacificamente sus descendientes hasta la dicha Doña Francisca de el Moral, aviendo passado 167. años, sin que en ellos se les aya inquietado.

§.36. Cuyo libre vso, y observancia están manifestando, que los instrumentos referidos se han de entender en la conformidad que se han observado, *l. Si de interpretatione. ff. de Legib.* ibi: *Optima enim est legum interpres consuetudo. l. Si servus plurium. §. fin. ff. de Legat. 1. cap. Cum dilectus, de Consuetud.* Menoch. *cons. 29. à num. 21.* Petr. Surd. *cons. 140. num. 43 & 44. volum. 1.* Gracian. *Discept. Forens. cap. 377. num. 18.* Lo qual se entiende, no solo quando los instrumentos son claros como en nuestro caso, sino quando de ellos resulta alguna duda, quedando està declarada con la misma observancia. Calanat. *cons. 10. num. 208.* ibi: *Quodcumque dubium ex aliqua scriptura resultans nullo magis modò declarari, quam ex observantia subsequuta.* Menoch. *cons. 390. num. 20. volum. 4.* Dom. Valençuel. *cons. 97. num. 204.* Dom. Castill. *lib. 5. Controv. cap. 93. § 7. num. 5. & num. 2. ỳ. Idem.* Fontan. ibi: *Quod tollat dubitationem dispositionis praecedentis, etiam*

 si

si verba ex tali observantia aliquam violentiam pati, videantur.

§. 37. Por la fuerça que tiene la observancia, y costumbre antiquada iuxta illud Ciceronis, in Lelio, ibi: *Maxima est vis vetustatis, & consuetudinis*, á que tambien alude illud Ovidij. *in 2. lib. de Arte amandi*, ibi: *Nil consuetudine maius*, por lo qual ni vn momento quiso se discordasse de lo observado, aun en las cosas mas pequeñas. Valerio Maximo, *lib. 2.* ibi: *In minimis etiam rebus omnia antiquæ consuetudinis momenta servanda sunt*, por la presumpcion que à su favor trae de cierto, y verdadero, lo que en vna misma conformidad se ha mantenido, vt afferit Aristotel. Rhetor. ad Theodect. *cap. 9.* ibi: *Quod semper sic se habere videtur verum videtur*: Luego en nuestro caso la misma observancia excluye quanto de contrario se ha pretendido, y acredita la justicia notoria, que à dicha Doña Francisca de el Moral le asiste.

§. 38. La qual el dicho Bartholomé Diaz de Arjona ciego à la luz de tantos desengaños insiste en obscurecer con su ceguedad, quando de tantos instrumentos tan clara se obstenta, y para ello pidió provision, para que con asistencia de quatro labradores ancianos, y noticiosos de las tierras, y los Alamines de la Ciudad de la Alcalá la Real se deslindassen, y midiessen las tierras que posseia dicha Doña Francisca de el Moral, haziendo paño de pintura de su situacion; y aviendo en virtud de dicha provision nombrado la Justicia de dicha Ciudad personas para ello, los Alamines declrararon. (18.)

(18.) *Declaracion de los Alamines fol. 5. y 6. de la Pieç 5.*

§. 39. *Que el pago donde están las huertas de Bartholomé Diaz, y de la dicha Doña Francisca de el Moral, se llama de la Passadilla, Fuente del Rey, y Fuensomera, por estar incorporados vnos sitios con otros; y que la huerta de dicha Doña Francisca está en dos pedazos, y tiene tres fanegas, y quatro estadales, que avian visto medir; y enmedio de dichos dos pedazos está la del dicho Bartholomé Diaz, y todas se riegan con el agua de la Fuensomera, y Passadilla, porque la de la Passadilla dimana de la Fuensomera: y el tomar el nombre de la Passadilla es, por ser camino por donde se passa, y aguadero comun para todos; y que el vn pedazo de los que possee dicha Doña Francisca, que está à la parte de arriba de la que possee el dicho Bartholomé Diaz, hazia el camino, que de la Passadilla vá à Santa Ana, linda con la cerca, que circunda las huertas, y descabeça en la servidera de ambas huertas hazia la parte de Poniente, y por la de Levante linda dicho pedazo con huerta de herederos de Alonso Sanchez de el Poço, que oy es de los Roxas; y el otro pedazo, que está à la parte baxa, del dicho Bartholomê Diaz, linda por Levante con huerta de herederos de el dicho Alonso Sanchez del Poço, la qual tiene vnas nogueras junto à la horma que las divide, y con huerta, que fuê de Gutierre de Burgos; y por la parte baxa con la servidera, que entre las huertas sale à Santa Ana, con la qual linda otro pedazo de huerta de Gutierre de Burgos, y por la parte de Poniente con la acequia, y labadero real de donde se riegan dichas huertas.*

§. 40. Y de oìdas à sus mayores declaran, que sobre dichas tres fanegas de tierra, que oy son tres, y quatro estadales fundaron Memoria Maria Fernandez, y Anton Fernandez Peñalver, (Casa 1.) de cinco Missas, y que posseyó dicha Memoria Martin Fernandez, (Casa 2.) su hijo, remitiendose à los instrumentos de dicha Fundacion, por los qua-

(19.) *Declaracion de los labradores. fol. 6. à la buelta; y 7. de la Pieç. 5.*

(20.) *Declaracion del Medidor. fol. 8. de la Pieç. 5.*

quales solo consta quod supra dictum est. Y lo mismo que los antecedentes, y en la misma conformidad, con remission à los instrumentos, que huviere; declaran (19.) los quatro labradores expressando por el lindero de la huerta que fue de Gutierre de Burgos ser dicho lindero oy huerta de D. Pedro Joseph de Viedma, que antiguamente fué de Gutierre de Burgos, que es la vendida por D. Juan del Castillo Burgos, de qua est dictum §. 32. Y añadiendo, aver oído dezir averle tiranizado injustamẽte al dicho Bartholomé Diaz, por ser descendiente de Anton Fernandez, y su muger, dichos 2. pedazos de huerta. Y el medidor declara (20.) aver medido dichos dos pedazos de huerta, y q̃ tenian tres fanegas, y quatro estadales; y se pone por diligencia, aver hecho el paño de pintura.

§. 41. El qual se delineó de la misma suerte, que se refiere en las declaraciones antecedentes; y aunque en ellas no se expressan los linderos de la huerta que possee el dicho Bartholomé Diaz, y el estar enmedio de dichos dos pedazos de huerta, que possee dicha Doña Francisca del Moral, el lindero que esta tiene por la parte de Levante, es el de la huerta de los Roxas, que antes fue de Alonso Sanchez del Poço, y el que tiene por la parte de Poniente, es la Madre real de el agua, ò acequia de la Fuensomera, que son los mismos que en su fundacion señaló la dicha Maria Fernandez á la huerta en que fundó su Memoria: con que por dicho paño de pintura se viene â justificar ser la huerta que el dicho Bartholomé Diaz possee, la misma en que consistió la fundacion hecha por Maria Fernandez, y en la que se enuncia aver fundado Anton Fernandez Peñalver su marido.

§. 42. Y por lo q̃ mira à la Memoria fundada por Maria Garrida Peñalver, se ha venido por dicha vista de ojos, y paño de pintura á justificar los proprios linderos, q̃ de dicha fundacion constan, y la diversidad de dichas tres fanegas de huerta, las quales segun su situacion, y linderos *de Alonso Sanchez del Poço, y Gutierre de Burgos por dos partes; y el de Bartolomé Diaz*, que consta de su declaracion, y possessiones, de quibus iam est dictum, que antes fué de Juan Fernandez Peñalver, primo de dicha Maria Garrida Peñalver, y Autor de el dicho Bartholomé Diaz de Arjona, demuestran ser distintas, aunque estén todas en vn mismo sitio, o pago, y este se llame con distintos nombres de la Passadilla, Fuente del Rey, y Fuensomera, viniendo á ser todo vno; lo qual no prueba la identidad de dichas huertas, quando sus linderos las distinguen.

§. 43. Cuya prueba de dicha diversidad de vna, y otra huerta, resultando de la misma vista de ojos, y paño de pintura, viene â ser prueba per rei evidentiam, respecto de la qual no ay otro genero de prueba mayor, vt constat ex *l. penultim ff. Finium regundorum*, & cum aliquibus AA. hoc probat Pareja, *tit. 1. resol. 2 § 3. num. 76 & tit. 7. resolut. 3. num* 68. ibi: *Cum probatio per rei evidentiam dicatur superlativa, fortior de mundo, omnesque alias probationes superat.* vbi plures AA. idem affirmantes refert. Segun lo qual la dicha Doña Francisca de el Moral tiene fundada su intencion, y probadas sus excepciones con los mismos instrumentos, de que se ha valido la contraria, y con la misma vista de ojos, y paño de pintura hecho á su solicitud, y cuidado.

§. 44. Contra tan legitimas pruebas solo ay el leve escrupulo, que resulta de las declaraciones de los Alamines, y Labradores,

que asisistieron á la vista de ojos, que de oydas deponen, que las tres fanegas de huerta, que posseía Doña Francisca del Moral, eran en las que avian fundado Maria Fernandez, y Anton Fernandez Peñalver, y de la probança hecha por el dicho Bartholomé Diaz en el juicio possessorio con doze testigos, que en la segunda pregunta deponen, tener noticia, y conocimiento de las tierras que posseia dicho Bartholomé Diaz, y de las que posseia la dicha Doña Francisca del Moral; y en la tercera, aviendose articulado, que las que posseia dicho Bartholomé Diaz eran en las que avian fundado Maria Fernandez, que la dizen dichos testigos de publico, y de oydas; en la quarta, oponiendose à lo articulado en la antecedente, se articula, que las tres fanegas de huerta, en que fundó Maria Garrida Peñalver, eran en las que avia fundado Maria Fernandez, y que los linderos eran todos vnos, por lo que tenian por cierto los testigos, que la dicha Maria Garrida Peñalver fundó de bienes, que no eran suyos, y en que se avia introducido injustamente, y sin titulo; lo qual dizen de oydas los testigos, y algunos de ellos, que el motivo para dicha introducion fue, el casamiento de Isabel Gonçalez con Martin de Peñalver; y assi dichos testigos, como los Alamines, y Labradores se remiten en sus declaraciones à los instrumentos que huviere.

§.45. Pero en este caso, solo V.S. à cuyo dignissimo arbitrio se dexa la fee de los testigos, podrá determinar, la que merecen testigos, que lo articulado, y dicho en la tercera pregunta, viene á ser contrario à lo dicho, y articulado en la quarta; testigos, que en vna, y otra vienen à deponer de oydas, y estas, como lo manifiesta el transcurso de 180. años, inverosimiles, por no poder ellos, y sus Autores tener noticia de lo que refieren; testigos, que refiriendo sus oydas á lo que de los instrumentos constare, por estos consta lo contrario de lo que deponen; testigos, cuyas deposiciones están convencidas de temerarias, y inciertas con la misma vista de ojos, y paño de pintura, y con la observancia inviolable de tanto tiempo sin la menor contradicion.

§.46. Cuya antiguedad basta à persuadirnos lo contrario de lo que por dicho Bartholomé Diaz de Arjona se ha intentado, ad text. in *l. Quæ in Provincia. §. Divus. ff. de Ritu nuptiar.* ibi: *Movemur temporis diuturnitate*, quedando la temeridad de el susodicho manifiesta de el mismo hecho de reclamar, lo que en tanto tiempo sus Autores han consentido, y lo que en 180. años ninguno de ellos ha reclamado, ad text. in Authent. *de Armenijs. §. Hæc igitur omnia*, ibi: *Nam & antiquiora perscrutari, & ad superiora tempora ascendere confusionis magis, quám legislatoris est.* Et in Authent. *de Non alienandis. §. Alienationis*, ibi: *Quod ita, iam præterijt relinquamus, nam tanta documenta tempore longo facta, nũc cõmovere multæ esset tergiversationis.*

§.47. Calle, pues, el dicho Bartholomé Diaz de Arjona á vista de quedar su sinrazon manifiesta, con los mismos instrumentos de que se ha valido, su injusticia notoria con lo mismo que ha intentado justificar, y su mala fee comprobada con todo lo que resulta de los mismos autos, que ha seguido; que la dicha Doña Francisca del Moral fiada en la justicia, que tiene, y en la buena fee, con que solo por defenderse, ha litigado, y en los fundamentos que de hecho, y de Derecho patrocinan el que le assiste; solo intenta ser absuelta de la demanda puesta por el dicho Bartholomé Diaz, y que à este para que calle en adelante, se le imponga perpetuo silencio, y se le condene en las costas, lo que espera de la gran justificacion de V.S. Salva in omnibus T.S.D.C.

Lic. D. Sebastian Fernando de la Cueva y Cepero.